

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

ARTHUR BORGES SAMPAIO

CRIME IMPOSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

**SÃO MATEUS
2018**

ARTHUR BORGES SAMPAIO

CRIME IMPOSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Rui Edsiomar Alves de Souza.

SÃO MATEUS

2018

ARTHUR BORGES SAMPAIO

CRIME IMPOSSÍVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Rui Edsiomar Alves de Souza

Prof. Orientador

Faculdade Vale do Cricaré

Prof.

Faculdade Vale do Cricaré

Prof.

Faculdade Vale do Cricaré

A minha família, razão de minha existência.

A Deus.

Agradeço a meu orientador por toda maestria ensinamentos.

“Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina.”
Cora Coralina

RESUMO

A presente monografia cuida de tratar do crime impossível e as controvérsias que circundam o instituto da ineficácia absoluta do meio e impropriedade jurídica do objeto que são modalidades que ensejam a exclusão da tipicidade de um fato típico delituoso. Nas palavras de Fernando Capez (2007, pg. 256), crime impossível "é aquele que, pela ineficácia total do meio empregado ou pela impropriedade absoluta do objeto material é impossível de se consumir". No entendimento do jurista Antonio José Miguel Feu Rosa (1995, p.312) tem-se como crime impossível "a atitude do agente, quando o objeto pretendido não pode ser alcançado dada a ineficácia absoluta do meio, ou pela absoluta impropriedade do objeto".

Palavras-chave: Direito Penal, Processo Penal, Crime Impossível, Ineficácia.

ABSTRACT

The present monograph takes care of dealing with the impossible crime and the controversies that surround the institute of the absolute ineffectiveness of the means and legal impropriety of the object that are modalities that induce the exclusion of the typicality of a typical criminal act. In the words of Fernando Capez (2007, p. 256), an impossible crime "is that which, due to the total inefficiency of the means employed or to the absolute impropriety of the material object, is impossible to complete." In the opinion of the jurist Antonio José Miguel Feu Rosa 1995, p. 312) has as an impossible crime "the attitude of the agent, when the intended object can not be reached given the absolute ineffectiveness of the medium, or by the absolute impropriety of the object."

Keywords: Criminal Law, Criminal Procedure, Impossible Crime, Ineffectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 METODOLOGIA DA PESQUISA	12
2 DIREITO PENAL E SUAS CARACTERÍSTICAS	14
2.1 DIREITO PENAL	14
2.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL	15
3 PRINCÍPIOS RELEVANTES DO DIREITO PENAL	17
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	17
3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	17
3.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA	18
3.4 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	18
3.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA	19
3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	19
4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIME	20
4.1 CRIME	20
4.2 CARACTERÍSTICAS DO CRIME	22
4.2.1 Ação Ou OMISSÃO	22
4.2.2 TIPICIDADE	23
4.2.3 ANTIJURIDICIDADE OU ILICITUDE	24
5 CRIME IMPOSSÍVEL	25
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	25
5.2 HISTÓRICO DO CRIME IMPOSSÍVEL	30
5.3 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E CRIME IMPOSSIVEL	32
5.4 MODALIDADES DE CRIME IMPOSSIVEL	33
5.4.1 POR INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO	33
5.4.2 POR ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO	34
5.4.3 CRIME IMPOSSÍVEL POR OBRA DE AGENTE PROVOCADOR	34

6 OLHAR JURISPRUDENCIAL FRENTE AOS NOVOS	
APARATOS TECNOLÓGICOS	36
7 DO ERRO SOBRE O NEXO CAUSAL	39
8 AFERIÇÃO DA IDONEIDADE	47
CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

Através da sua soberania o Estado com supedâneo no Direito Penal, lança mão de seu poder de punição cuja pena para os indivíduos que se comportarem ilicitamente, ou seja, contrários à sociedade é a perda de um bem jurídico.

O comportamento displicente dos indivíduos impõe a existência de regras de conduta para que a obrigatória e natural convivência humana possa acontecer de forma harmônica. Para tanto, o Estado atua na restrição ou limitação da liberdade individual para permitir a todos uma vida em sociedade e a mútua coexistência social.

Nessa interpretação, O Estado pactua com a coexistência pacífica entre os seres humanos através de diversos mecanismos, dentre os quais, o Direito Penal, que é um sistema de controle social formal. Ademais, o Direito em sua totalidade é o conjunto das normas que regulam a vida social, exercendo uma função de pacificação entre os homens. Sendo um ramo do Direito, o direito Penal objetiva prevenir e reprimir atos que lesionem bens jurídicos essenciais à vida em sociedade, e por isso visa instituir, através de suas normas, condutas ilícitas, as quais comina uma sanção. Dessa prática nasce no direito brasileiro a premissa de que não há crime sem lei anterior que o defina.

A atividade estatal também será limitada por regras do Direito Penal, pois em um estado social e democrático de direito, não é admissível ao Estado uma atuação arbitrária e general. Cabe ao Estado, assim como os indivíduos, cumprir regras e comportar-se licitamente.

Entende-se que além das normas penais, o Direito Penal é instituído por um sistema de interpretação das normas penais que vai além da aplicação normativa e também desempenha uma função de demarcar a atuação estatal para especificar em quais

casos o Estado deverá punir o indivíduo que se comporta de forma inadequada ao direito e aos bons costumes. Nesse contexto o instituto do crime impossível se enquadra nesse sistema de interpretação das normas penais.

Nesse sentido este estudo monográfico pretende analisar a figura do crime impossível, que, na análise em relação a um fato concreto pode ou não determinar a existência da tentativa punível de um comportamento ilícito.

Será apresentado em primeiro instante o Direito Penal através do seu conceito, caracteres e princípios. Em seguida, será analisado o conceito de crime juntamente com suas características. Sucintamente, será apreciada a tentativa com seus conceitos e elementos. Exauridos os conceitos necessários para adentrarmos no tema central deste estudo, qual seja o crime impossível, perpassando sobre as questões relevantes e imprescindíveis sobre essa temática.

1 METODOLOGIA DA PESQUISA

O bom desenvolvimento de um projeto de pesquisa depende fielmente do cumprimento sistemático do levantamento de dados confiáveis em fontes seguras e verdadeiras. Para tanto a pesquisa se perfaz como principal instrumento pra esse fim, visto que, engloba o processo de coleta de informações para a constituição de conceitos importantes e o contato com o assunto pesquisado. Nesse ínterim, Gil (2007, p17) conceitua pesquisa:

Procedimento racional e sistemático que tem com objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos. A pesquisa desenvolve-se por um processo constituído de várias fases, desde a formulação de problema até a apresentação e discussão dos resultados.

Objetivando alcançar o propósito desse projeto, como forma procedimental, utilizar-se-á como metodologia a pesquisa bibliográfica, possuindo como referência a legislação trabalhista atual, bem como doutrinas de diversos autores, artigos de revistas jurídicas, além de pesquisa documental em jurisprudências e sítios jurídicos. Assim define Fonseca (2002, p.32) a respeito da pesquisa bibliográfica:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas e publicados por meios escritos e eletrônicos como livros, artigos científicos, páginas de web sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem, porém, pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta.

No que permeia a caracterização das fontes, esta pesquisa utilizará as fontes secundárias para o levantamento de informações sobre o tem da revista íntima. Convém evidenciar que as fontes de pesquisa se dividem em primárias e secundárias. Segundo Lakatos (1995, p.6) fontes primárias são conceituadas como: “são fatos vindos diretamente das fontes e não adulterados. É uma informação que não pode ser mudada, alterada ou disfarçada por opiniões ou seleções”.

Em contrapartida, as fontes secundárias são, segundo Andrade (2001, p.43), assim identificadas:

A fonte secundária é um elemento derivado das obras originais, na qual se refere aos trabalhos com objetivos de avaliar e interpretar as fontes primárias, utilizando como instrumento outras obras.

As fontes secundárias são as melhores formas de levantamento dos conceitos e informações necessárias para o melhor desenvolvimento do trabalho e concretização das respostas para alcançar os objetivos pretendidos.

A partir dos dispositivos legais usados para ordenar o raciocínio lógico a respeito do tema destaca-se que o presente projeto de pesquisa tem supedâneo no Direito do Penal, sendo que é neste campo do direito que se destacam os paradigmas que norteiam a incidência de um crime.

2 DIREITO PENAL E SUAS CARACTERÍSTICAS

2.1 DIREITO PENAL

São inúmeras significações trazidas pelo vocábulo “direito”, logo, não se faz possível determinar, ordinariamente, uma única e completa definição desse termo. Nas palavras de João Batista Herkenhoffi, apud MIRABETE (2006, pg. 315) Juridicamente, a expressão “direito”, pode ser empregada, em síntese, nos seguintes sentidos: (1) como o conjunto de normas ou regras jurídicas; (2) como faculdade, isto é, como a autorização que um indivíduo tem para exigir a prestação de um dever por parte de outro sujeito; (3) como a idéia ou o ideal de Justiça; (4) como o setor do conhecimento que investiga o fenômeno jurídico; e (5) como um fato social.

Tão logo, interpreta-se que o Direito Penal, como sinônimo de ciência penal, além do conjunto das normas jurídico-penais, assim se enquadra conforme esclarece MIRABETE (2006, pg. 316):

Um conjunto de conhecimentos e princípios, ordenados metodicamente, de modo a tornar possível a elucidação do conteúdo das normas penais e dos institutos em que elas se agrupam com vistas à sua aplicação aos casos ocorrentes, segundo critérios rigorosos de justiça.

Vale esclarecer que o objetivo do Direito Penal não será impedir, materialmente, a prática do crime, pois, não é possível ao Estado enquanto legislador vir de encontro sobre a vontade dos homens, mas, tem a responsabilidade e poder para combatê-lo, através de suas normas que podem prevenir ou reprimir o ilícito penal em defesa do bem estar social.

O Direito Penal é estudado pela doutrina e classificado em objetivo e subjetivo. Com esse entendimento tem-se que o conjunto de normas jurídicas constitui o direito

penal objetivo e deste emana o direito penal subjetivo, que se enquadra como um poder-dever que o Estado tem de punir e que surge com a norma penal.

O termo “direito penal”, embora seja exaustivamente utilizada, inclusive pelo próprio ordenamento legal brasileiro, é alvo de críticas doutrinárias, pois “direito penal”, referindo-se apenas ao efeito jurídico do crime (pena), é altamente limitador. Nesse diapasão, parte da doutrina utiliza o título “direito criminal”, que segundo a corrente adepta deste termo, é mais compreensivo e compreende o crime e os seus efeitos jurídicos.

Ademais, vários autores propõem tantas outras denominações para o Direito Penal, como, por exemplo, direito repressivo ou direito de defesa social, as quais não foram adotadas pela doutrina majoritária.

2.2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL

Conforme entendimento de ZAFFARONI (2001, pg. 150) o Direito Penal, primeiramente, é dotado de um caráter público, pois, tutela bens jurídicos, públicos ou privados, em prol do interesse da coletividade, assegurando as condições de convivência social e de segurança jurídica, através da atuação do Estado, o qual é o detentor de um direito subjetivo de punir, eminentemente público não sendo possível ao particular exercê-lo, que se constituiu em um poder-dever e, principalmente, em um limite à atuação estatal.

Concomitantemente, o direito penal também é normativo, uma vez que se realiza através de normas de direito público, isto é, através de um estudo positivo, além da ciência do Direito Penal ter como objeto o estudo da norma penal, o Direito Penal, como Direito Público, surge de regras positivadas.

A doutrina moderna extremamente valoriza o caráter finalístico, do Direito Penal que se constitui na assertiva de que o direito penal tem a finalidade de, abstratamente, prevenir ou reprimir o crime (combatê-lo); de proteger os bens jurídicos fundamentais; e cosequentemente proteger os indivíduos da sociedade, garantindo que esses usufruam dos bens jurídicos tutelados.

Associa-se também ao direito penal um caráter valorativo que diz respeito, dentre um conjunto jurídico único de licitudes e ilicitudes, utiliza-se de sua própria escala de valores, que varia de acordo com a conduta que lhe dá conteúdo, seleciona as ilicitudes que merecem uma sanção penal e valora as suas próprias normas em escala hierárquica.

Também é associado ao Direito Penal um caráter primário ou original, constitutivo e autônomo em comparação aos demais ramos do ordenamento jurídico, pois, garante a tutela de bens e interesses não resguardados por outras áreas do Direito, e, mesmo ao proteger bens e interesses tutelados por outras áreas do ordenamento jurídico, o faz de maneira diferenciada.

O Direito Penal ainda tem o caráter sancionador, porque, atua além de proteger, com a imposição de sanções penais, a ordem jurídica, tutelando bens jurídicos regulados ou não por outros ramos do direito (predominantemente sancionador e excepcionalmente constitutivo), em um sentido cronológico (considera qual o ramo jurídico que regulou, antes, o bem jurídico tutelado). O Direito Penal consiste no último ramo do ordenamento jurídico a ser utilizado na punição das condutas, devido à importância dos bens protegidos e à gravidade das sanções impostas.

3 PRINCÍPIOS RELEVANTES DO DIREITO PENAL

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com base no princípio da legalidade ou da reserva legal, cuja nomenclatura também pode ser reserva absoluta de lei ou anterioridade da lei penal, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delituoso e a respectiva pena.

Cuida primeiramente por esse princípio a elaboração da norma incriminadora, não sendo possível à utilização de outras fontes do Direito para a criação de figuras criminosas, a fundamentação ou a agravação da pena, como a analogia e o direito consuetudinário.

3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

A princípio é necessário considerar que a sanção criminal simboliza uma drástica intervenção nos direitos mais elementares e fundamentais da pessoa, cuja proteção é um dos deveres primordiais do Estado, por essa razão o poder estatal punitivo deve ser limitado e controlado para evitar arbitrariedades e excessos.

Nessa razão, com base no princípio da intervenção mínima (princípio da subsidiariedade ou da última *ratio* do Direito Penal), a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico, esgotando-se todos os meios extrapenais de controle social, não deve, dessa forma, ser realizada o controle através do direito penal se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a proteção do bem jurídico.

3.3 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Em virtude de sua característica fragmentária, o direito penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, logo que, não pode ocupar-se de bagatelas, pois, nem sempre uma ofensa aos bens ou interesses tutelados é suficiente para configurar o injusto típico.

Deve haver uma efetiva proporcionalidade ou nexos entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a necessidade da intervenção estatal, posto que as condutas insignificantes, apesar de fazer a subjunção ao tipo penal, não possuem relevância material, excluindo-se a tipicidade penal dessas condutas.

3.4 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE

Para o Direito Penal a culpabilidade é dotada de um triplo sentido que assim se apresentam: (1) a culpabilidade como base da pena, ou seja, a possibilidade da aplicação ou não da pena ao autor de um fato típico e antijurídico, segundo os requisitos da capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta; (2) culpabilidade como elemento de determinação ou medição da pena, ou seja, a culpabilidade é o limite da pena, impedindo que a pena seja aplicada além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada a outros critérios; e (3) a culpabilidade como responsabilidade subjetiva, ou seja, a impossibilidade de atribuição de responsabilidade objetiva.

Portanto, a responsabilidade penal é subjetiva, ou seja, o indivíduo é responsável, pessoalmente, pelo fato por ele praticado, com dolo ou culpa, não sendo possível responsabilizar-se objetivamente o indivíduo pela simples produção do resultado lesivo.

3.5 PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Individualizar a pena significa adaptar a pena ao condenado, considerando as características do agente e do delito. Nesse ínterim, as espécies; a gradação mínima e máxima, em relação a cada tipo penal; e as formas de aplicação da pena são previstas pelo ordenamento jurídico, as quais foram estabelecidas pelo legislador, segundo os princípios norteadores do Direito Penal, cabendo ao juiz, no caso concreto, segundo esses critérios, objetivos e subjetivos, analisar a individualização da pena.

3.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é pautado em um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato). O princípio em voga implica rechaçar o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado globalizado.

É justo estabelecer as penas com base na gravidade das sanções penais, ou seja, a pena cominada ou aplicada deve ser proporcional ao fato punível, não sendo possível à aplicação ou a cominação de uma pena claramente desproporcional à gravidade do fato.

Evidencia-se, entretanto que além desses princípios, o Direito Penal deve sujeitar-se, assim como os todos os ramos do ordenamento jurídico, aos princípios, direitos e garantias fundamentais constitucionais (explícitos ou implícitos), como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, e aos direito humanos, oriundos da legislação brasileira (constitucional e infraconstitucional) e do Direito Internacional Público.

4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO CRIME

4.1 CRIME

O conceito de crime, segundo MARQUES (2000, pg 513) é um “desvalor jurídico, o qual varia, espacial e temporalmente, em consequência da mutação dos conceitos culturais, filosóficos e políticos”.

Em um sentido amplo, o crime, é um sinônimo de infração penal, fato punível ou delito, entretanto, em um sentido estrito, segundo o critério bipartido adotado pelo atual sistema penal brasileiro, em oposição ao critério tripartido (que distingue crimes, delitos e contravenções), o crime e a contravenção, são espécies da infração penal, conforme estabelece o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei 3.914/ 1941):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

Para fins científicos e didáticos é necessário uma conceituação lógica e jurídica de crime, inclusive para considerar o caráter científico do Direito Penal.

Nessa perspectiva MARQUES (2000, pg. 317) assevera que:

Além de um fenômeno social, o crime é um episódio da vida de uma pessoa humana, não podendo ser dela destacado e isolado, não se apresentando, no mundo da realidade, como puro conceito, de modo sempre idêntico, pois, cada crime tem a sua história, a sua individualidade.

Para a doutrina, o crime é, classicamente, definido formal, material e analiticamente.

Formalmente o crime correspondente a uma definição nominal, estritamente jurídica, considera o crime toda a ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena.

Tendendo a uma definição real e ampla, o conceito material, visa construir um conceito que contenha a essência ontológica do crime (“do ser enquanto ser”) na sua realidade, universalmente válida, independentemente do sistema jurídico positivo vigente, considera o crime toda a ação ou omissão que ofenda ou ameça um bem jurídico tutelado pela lei penal.

Em contrapartida, o conceito analítico, busca estabelecer uma definição precisa e juridicamente técnica do crime, indicando as suas características ou elementos constitutivos, assim, considera o crime a ação ou a omissão típica, antijurídica e culpável.

Então, conforme ensina MARQUES (2000, pg.340), ao discorrer sobre o conceito analítico do crime:

O conceito de crime estabelece-se através de um processo de abstração científica, a partir do direito penal vigente. Através dele determinam-se as características gerais de toda a conduta delituosa descrita nas leis penais e por isso mesmo constitui ele a noção básica e fundamental do direito punitivo. Crime é a ação (ou omissão) típica, antijurídica e culpável. Isso significa dizer que não há crime sem que o fato constitua ação ou omissão: sem que tal ação ou omissão correspondam à descrição legal (tipo) e sejam contrárias ao direito, por não ocorrer causa de justificação ou exclusão da antijuridicidade. E, finalmente, sem que a ação ou omissão típica e antijurídica constitua comportamento juridicamente reprovável (culpável).

Hodiernamente, a doutrina, majoritária, conceitua o crime como uma ação ou omissão típica, antijurídica ou ilícita, e culpável, ou seja, baseia-se na definição analítica. Logo, presume-se que crime, então, é composto das quatro características trazidas no conceito analítico, que foram recepcionadas e previstas pelo atual Código Penal.

4.2 CARACTERÍSTICAS DO CRIME

Com base no conceito analítico o crime é composto de quatro características (conduta típica, antijurídica e culpável), os quais irão determinar, com respaldo no caso concreto, a existência de um crime. Infere-se, então, que o delito sempre será uma conduta humana, comissiva ou omissiva, no entanto, essa conduta concreta deverá adequar-se à conduta abstratamente prevista e proibida pelo Estado e valorada como um ilícito penal (descrita na lei penal).

4.2.1 AÇÃO OU OMISSÃO

O objetivo da norma jurídico-penal é regular condutas humanas, sendo, portanto, o ponto de partida de toda a reação jurídico-penal e o objeto ao qual se agregam determinados predicados (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), que convertem essa conduta em delito (direito penal do fato e não do autor). A ação (conduta positiva ou comissiva) é a conduta humana conscientemente dirigida a um determinado fim, enquanto que a omissão (conduta negativa ou omissiva) é a abstenção de atividade humana quando juridicamente lhe é exigida, que o agente podia ou devia realizar

No entendimento de BITENCOURT (2010, pg 413) a ação é assim conceituada:

É formada por um comportamento externo, objetivamente identificável, e por um componente psicológico, subjetivamente identificável, ou seja, a vontade dirigida a um determinado fim. Compreende a representação ou antecipação mental do resultado a ser alcançado, a escolha dos meios e a consideração dos efeitos concomitantes ou necessários, e o movimento corporal dirigido ao fim proposto.

Nesse ínterim, não haverá ação se o agente atua sem consciência ou sem vontade (sem vontade final ou manifestação de vontade), como, por exemplo, na coação

física absoluta ou irresistível (força física irresistível), nos estados de inconsciência e nos atos reflexos (involuntariedade).

Em contrapartida, a omissão é formada pelo dever de agir e pelo poder de agir para evitar determinado resultado, ou seja, consiste na obrigação de agir do agente, abstratamente, em determinada situação e a possibilidade do agente agir, conforme o seu dever, concretamente, em determinada situação. Nota-se que é indispensável para a responsabilização do agente pela omissão o conhecimento de seu dever de agir (que ocorre quando o agente tenha, por lei, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; quando assumiu, de outra forma, a responsabilidade de impedir o resultado; e quando, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado, conforme art.13§2º do Código Penal); a consciência de seu poder de fato para realizar a ação omitida (dolo da omissão); e a real possibilidade física de levar a efeito a ação determinada ou esperada (omitida), esse é o entendimento trazido por BITENCOURT (2010, PG. 420).

4.2.2 TIPICIDADE

O juízo de tipicidade é a adequação ou subsunção do fato humano ao tipo penal, ou seja, às características objetivas e subjetivas do modelo legal abstrato formulado pelo legislador.

A descrição legal do comportamento proibido configura o tipo (descrição abstrata de um fato real que a lei proíbe), que abarca as características objetivas e subjetivas do fato punível (conjunto dos elementos do fato punível descritos na lei penal), isto é, o modelo legal abstrato do comportamento proibido ao qual tem de ajustar-se o fato para constituir crime.

Na concepção de alguns autores, que incluem a antijuridicidade no tipo, este é, formalmente, a descrição da conduta proibida, contudo, materialmente, o tipo traduz a própria desvalorização jurídica da conduta (antijuridicidade), sendo que o crime seria uma ação típica e censurável (culpável).

Entretanto estará diante da ausência de tipicidade quando a conduta não se enquadrar no molde legal (tipo objetivo e subjetivo), o que causa, conseqüentemente, a inexistência de crime, ocorrendo ausência do tipo objetivo nos casos de crime putativo e de crime impossível (tentativa inidônea) e ausência do tipo subjetivo nos casos de erro de tipo (falsa representação do que é real sobre os elementos da conduta típica).

4.2.3 ANTIJURIDICIDADE OU ILICITUDE

A definição de antijuridicidade é contraposta a de juridicidade. Logo, como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito. A ilicitude é a contradição entre a realização do tipo de uma norma proibitiva e o ordenamento jurídico como um todo. Uma pequena porção da doutrina, ainda, utiliza o termo “ilicitude”, pois, seria um equívoco chamar de “antijurídico” uma criação do Direito, ou seja, o delito.

Assim, além da realização da conduta típica para determinar a sua antijuridicidade, é preciso examinar se a ação ou a omissão não está coberta por uma norma permissiva, que exclui a antijuridicidade. Coclui-se dessa interpretação que toda ação típica é antijurídica, exceto as ações típicas justificadas, ou seja, as causas de justificação excluem a antijuridicidade.

5 CRIME IMPOSSÍVEL

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para o doutrinador NUCCI (2011, pg. 511) “crime impossível é a tentativa não punível, tendo em vista que o agente vale-se de instrumento ineficaz ou se volta contra objeto absolutamente impróprio, tornando inviável a consumação”.

Assim, tentativa inidônea, não-crime, crime inútil, quase-crime, tentativa inadequada ou tentativa impossível, são algumas das nomenclaturas que já foram trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro acerca do crime impossível. Tem-se por inidôneo algo que não possui idoneidade, não é adequado ou conveniente à determinada concretização. O não-crime, como o próprio nome já exprime, é algo que não se constitui crime, podendo, pois ser tudo, menos delito.

Quanto a figura do crime inútil é necessário analisar o que se almeja pelo significado da palavra inútil, ou seja, tem-se algo ou alguma coisa que se revela imprestável, incapaz para realizar qualquer coisa. Este conceito está próximo da definição de não-crime, o quase-crime não rompe a esfera do mundo do delito, apenas a tangencia, não produz efeitos, assim a constituir crime. De mesma maneira, extrai-se de tentativa inadequada, algo que seja impróprio, que é inconveniente a proporcionar um determinado desfecho. Para finalizar, temos na tentativa impossível um entendimento de que seja algo que jamais poderá ser realizado, completamente concretizado.

Percebe-se que a palavra impossível tem diversos significados, entretanto dois deles se amoldam perfeitamente à noção que se quer imprimir no presente trabalho. Num primeiro momento tem-se que impossível é algo que não pode ser ou que não pode existir ou acontecer. Em outro, que o impossível é algo que não se conforma com a

realidade, portanto, é de bom tom asseverar que o impossível pertence à órbita da realidade sem deixar de pertencer ao mundo metafísico das hipóteses.

Em seu tratado de Direito Penal, MARQUES (2000, pg 340) leciona que:

O crime impossível não pode ter por sanção uma pena, porque nele não há conduta típica, nem lesão e um bem jurídico. O agente pratica um fato que não atinge ou põe em imediato perigo interesses que a ordem penal tutela. Daí não haver pena para o autor do delito impossível.

No Código Penal Brasileiro a tentativa vem prevista no artigo 14, inciso II, e é conceituada como a execução começada de um crime, que não chega a se consumir por circunstâncias alheias à vontade do agente; é, portanto, o “delito imperfeito”.

Nas palavras de MARQUES (2000, PG. 348) tentativa “é a manifestação da resolução para o cometimento de um fato punível através de ações que põem em relação direta com a realização do tipo legal, mas que não tenham conduzido à sua consumação”.

Cabe evidenciar que na tentativa não há o resultado do delito pretendido pelo agente; por isso, segundo NUCCI (2011, PG. 415) a “tentativa é um delito incompleto, de uma tipicidade subjetiva completa, com um defeito na tipicidade objetiva”.

Nesse entendimento o crime tentado é a realização não completa da conduta típica, que não é punida como crime autônomo, a respeito assevera NUCCI (2011, pg.416) “todo o problema consiste em identificar, no processo de realização da ação típica, demarcado pelas fases de decisão, preparação, começo de execução e produção do resultado, o momento de início da punibilidade”. Percebe-se que crime tentado é a tipicidade não concluída, ou seja, na análise do “iter criminis” o agente inicia a

execução do delito pretendido, mas não consegue transpor essa etapa por motivos alheios a sua vontade.

A partir da análises destes conceitos, depreende-se que os elementos da tentativa são o dolo, o início da execução, e a não-consumação do delito, por circunstâncias alheias ao dolo do agente, podendo-se, portanto, falar em tipo de tentativa, como generalização de características existentes em toda e qualquer tentativa, quando presentes esses três elementos, que são: o subjetivo (dolo – decisão de realizar o crime), o objetivo (ação de execução específica do tipo) e o negativo (ausência do resultado).

Entende-se o dolo como a intenção de praticar um delito, ou a resolução de realizar o delito, como elemento subjetivo, o dar começo direto a realização do tipo.

No entendimento da doutrina dominante dolo é a parte subjetiva do tipo penal, e compreende a noção de vontade livre e consciente de realizar os elementos constitutivos do tipo penal incriminador.

Nesse contexto, o sujeito que age dolosamente, prevê o resultado de sua conduta, deseja este resultado, e age para obtê-lo. Com base nessas razões, o início da execução dá-se quando o agente começa a realizar o fato que a lei define como crime (tipo), observando-se, por oportuno, que o comportamento punível vem indicado pelo verbo nuclear do tipo praticado, e esse é o parâmetro inicial para a verificação da existência ou não da tentativa.

Nesse sentido, tem-se que na análise do caso prático, se um agente é surpreendido subindo uma escada para entrar em uma residência, não há como sustentar uma tentativa de furto, roubo, tendo em vista que não há ainda o início de alguma

subtração; logo, não houve início da execução, não houve início da prática da ação descrita no verbo nuclear do tipo.

Cabe evidenciar que o Código Penal Brasileiro segue o critério objetivo para a aferição da tentativa, isto é, os atos preparatórios distinguem-se dos executórios na medida em que, mesmo que possibilitem a prática do crime, não configuram o início de sua execução.

Com esse entendimento, a compra da arma, a procura do lugar para a emboscada, a realização da pontaria, são atos preparatórios. Num momento mais avançado, portanto, o disparo em direção à vítima configura o início da execução. Com o que foi elucidado pode ser assim exposto: os atos preparatórios não são puníveis; os executórios, noutro plano, são. Nos atos preparatórios, o agente pode não realizar o verbo indicativo da figura típica planejada, se quiser desistir; enquanto nos atos executórios, o agente deve parar a realização do verbo nuclear do crime perpetrado, para desistir de sua consumação. Caso haja dúvida intransponível sobre o caráter preparatório ou executório do ato, deve-se decidir sempre pelo primeiro.

Entretanto, a não-consumação do crime por circunstâncias alheias a vontade do agente se perfaz o elemento caracterizador da tentativa, o elemento negativo, por alojar a conduta do resultado pretendido, seja em função da execução iniciada e abandonada, ou iniciada e impedida pelo próprio agente, ou iniciada e não consumada por problemas relativos a esfera pessoal do agente, ou, ainda, iniciada e não consumada por interferência de terceiros.

Importante ainda, salientar definição sobre a distinção entre a tentativa perfeita e a imperfeita, que reside, fundamentalmente, na possibilidade ou não de esgotar os atos de execução. Na tentativa perfeita (acabada, frustrada, ou crime falho), o agente executa todos os atos de execução disponíveis, ou pode realizá-los, mas não consuma o resultado pretendido por motivos alheios a sua vontade, ou por ter o

agente trocado sua vontade inicialmente dirigida a um crime. Como exemplifica NUCCI (2011, pg 500):

Por má pontaria erra todos os disparos — tentativa perfeita —, ou erra os dois primeiros disparos e desiste do intento criminoso, abandonando a execução desistência voluntária —; ou, ainda, acerta o primeiro tiro e, arrependido, busca auxílio para minorar as consequências de sua conduta — arrependimento eficaz; ou acerta a vítima que é salva no hospital — tentativa perfeita.

Contudo, na tentativa imperfeita tem-se que o agente é impedido de continuar executando os atos que havia planejado ou que teria a sua disposição; ou seja, existe uma interferência de terceiros, que não tem o condão de lhe modificar o dolo inicial. Pertinente o exemplo de NUCCI (2011, pg. 503) “o agente dispara contra a vítima e é impedido de continuar atirando pela interferência de um terceiro, ou o projétil não estoura”. Observe que a distinção figura no plano da teoria, e serve para explicitar as situações em que residem a desistência voluntária e o arrependimento eficaz, isto é, que diferenciam e esclarecem a modificação do dolo do agente.

Seja a tentativa perfeita ou imperfeita, importante asseverar que, o tratamento será o mesmo: redução da pena cominada ao delito consumado de um a dois terços, em função da proximidade com o resultado pretendido, com ressalva para as hipóteses de desistência voluntária e arrependimento eficaz, onde o agente responde apenas pelos atos já praticados, caso estes sejam puníveis conforme o artigo 15, do Código Penal. por força da troca de dolo, e as de crime de tentado, onde o verbo nuclear é tentar, e se consuma com a simples tentativa, sendo, portanto, condenado com a pena de crime consumado.

A tentativa, consoante ao exposto no parágrafo único do artigo 14 do Código Penal, é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. Tal redução leva em conta o perigo para o bem jurídico protegido no tipo penal, com respaldo na teoria objetiva que assume a função do direito penal tem por

objetivo proteger os bens jurídicos ou, ainda, o abalo da confiança jurídica da comunidade social que comporta a teoria da impressão, que assume a tarefa do direito penal de estabilizar as expectativas normativas da população.

5.2 HISTÓRICO DO CRIME IMPOSSÍVEL

Conforme assevera NUCCI (2011, pg. 115) em meados do século XIX os doutrinadores e a jurisprudência europeia deram um grande salto nas concepções acerca da tentativa impossível. Desde 1808 já se falava de crime impossível na Alemanha, foi deste país os primeiros doutrinadores a emitir algumas opiniões que impulsionaram as já desgastadas teorias até então utilizadas acerca da punibilidade do crime que era chamada de frustrado.

Destaca-se que desde o início da evolução do direito romano, os juristas debatiam a punibilidade ou não de determinados atos considerados delituosos, tinha-se, pois a figura da criminalidade da tentativa. Desde então legisladores e doutrinadores se esforçam para estabelecer critérios e princípios que dessem supedâneo de unanimidade a suas teorias e pensamentos sobre o tão discutido tema sem, no entanto, chegar a algo que lhes proporcionassem consenso doutrinário, haja visto, ser quase impossível esse tipo de ensejo dentro do ramo do direito.

De acordo com os ideais dos doutrinadores alemães, só a tentativa perigosa devia ser punida, mas para tanto, exigia-se que o fato concreto considerado nas suas condições externas estivesse em relação causal com o resultado pretendido pelo agente. Nascia daí a necessidade da distinção entre o meio e o objeto da ação frustrada. As ideias disseminadas pelos alemães foram, por alguns doutrinadores, corroboradas porque distinguiu a impossibilidade absoluta e a relativa do tocante ao meio e ao objeto. Apesar das dúvidas levantadas por tantos outros doutrinadores à

época, tal doutrina persistiu e rapidamente se tornou dominante, sendo assim até os dias atuais.

A esse respeito NUCCI (2011, pg 501) faz uma análise, nesta ratifica que a tentativa era absolutamente impossível, quando o ato, atentos os meios empregados e em relação ao objeto da agressão, em nenhum caso poderia conduzir ao fim desejado, como exemplo ele cita a tentativa de morte com uma pistola descarregada ou contra um cadáver. Este autor considera a tentativa como relativamente impossível, quando o meio escolhido ou o objeto da agressão era em suma apropriado, mas, no caso concreto, apresentava-se inadequado, por culpa de circunstâncias especiais, para essa análise tem-se a tentativa de morte com uma pistola que rebenta no momento da descarga, ou contra alguém que se acha protegido por uma cota de malhas.

O doutrinador NUCCI (2011, pg 551), ainda complementa que:

O caráter essencial da tentativa está na manifestação da vontade tendente a uma lesão, mas essa manifestação se encontra do mesmo modo na chamada tentativa impossível. Ressalva que se toda tentativa consiste em um erro sobre a causalidade do ato, esse erro não pode servir de base para que deixem de ser sujeitos a punição certos casos de tentativa. Nesse caso surge a punição em seu caráter subjetivo, isto é, pune-se a intenção, conseguisse ou não o seu objetivo, o agente estava sujeito a ser condenado.

Adentrando mais no entendimento de NUCCI (2011, pg 549), constata-se o que este assevera a respeito dos doutrinadores do século XIX “entendiam que a não idoneidade do meio não devia ser tratada do mesmo modo que a do objeto”. Esta distinção passou a ser adotada pelos juristas da época e as opiniões contrárias começaram, então, a serem criticadas.

5.3 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E CRIME IMPOSSIVEL

No ordenamento jurídico pátrio brasileiro, apesar de o fato de a ineficácia absoluta do meio empregado nos atos executivos ou a absoluta impropriedade do objeto se fazerem presentes quando da tipificação da conduta, tal prática atípica tinha contra o executor a imposição de uma medida de segurança, caso fosse reconhecida a periculosidade ao meio social, tudo de acordo com o antigo art. 94 do Código Penal Brasileiro. Esta medida de segurança configurava espécie de liberdade vigiada.

Assim, para o entendimento acerca da efetivação ou não de um crime, da eficácia ou ineficácia do meio empregado para realizar o delito, da propriedade ou impropriedade de um determinado objeto visado pelo suposto agente, o legislador pátrio sempre reservou um lugar diferenciado para tais circunstâncias, tendo primeiramente nomeado de tentativa inadequada a tentativa impossível.

O crime impossível era tratado no Código Penal de 1890 sob a óptica de ser fato jurídico-penal em que se transcende uma atividade distinta a violar um bem jurídico, mas que não pode atingir a meta almejada, ou por ineficácia absoluta do meio empregado nos atos executivos, ou por absoluta impropriedade do objeto que é visado pela conduta do agente.

Hodiernamente a tentativa impossível, instituto moderno do Direito Alemão, encontra embasamento teórico no ordenamento jurídico pátrio no artigo 17 do Código Penal, sob a denominação de crime impossível com texto de lei que exprime “não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Conforme as palavras de NUCCI (2011, pg. 600) observa-se que se trata de uma autêntica carência de tipo e exemplifica que é o que ocorre quando o agente atira num cadáver, tentando matá-lo, ou seja, tentando fazer algo que é absolutamente

impossível de ser feito ou alcançar um resultado pretendido, visto que é impossível matar alguém que já esteja morto.

5.4 MODALIDADES DE CRIME IMPOSSIVEL

No direito penal brasileiro o crime impossível se perfaz de duas maneiras, quais sejam: por ineficácia absoluta do meio e por absoluta impropriedade do objeto.

5.4.1 POR INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO

Nesta modalidade de crime impossível o meio empregado pelo delinquente é de todo ineficaz para produzir o efeito delitivo do ato. No entendimento de DAMÁSIO (2011, 816) ocorre crime impossível quando o meio empregado pelo agente, por sua própria natureza, é absolutamente ineficaz para produzir o evento. Por exemplo, tem-se o caso de o agente, pretendendo matar a vítima, ministra açúcar em sua alimentação, pensando ser veneno.

Nas palavras de MARQUES (2000, pg. 355) na hipótese do artigo 17 do Código Penal o agente erra porque supõe idôneo um meio ou instrumento do crime, de todo sem eficácia. A absoluta ineficácia de um meio pode ser verificada nos instrumentos que o agente tem a sua disposição e que com estes tem o desejo de atingir um resultado danoso a um bem jurídico. No campo imaginário o agente vislumbra que tais objetos serão suficientes para atingir seu alvo, o criminoso entra por caminhos que jamais o levarão à satisfação esperada.

No mesmo raciocínio, CAPEZ (2006, pg. 315) leciona que nesses casos, o meio empregado ou o instrumento utilizado para a execução do crime jamais o levarão à consumação. Assim, é o situação do agente que se utiliza de um palito de dente para matar um adulto ou faz uso de uma arma de fogo não apta a efetuar disparos.

5.4.2 POR ABSOLUTA IMPROPRIEDADE DO OBJETO

No que tange a ocasião de crime impossível o objeto material sobre o qual o agente pretenda que recaiam os efeitos de sua ação delituosa não é próprio para tal fim. É o caso esdrúxulo de matar alguém que já se encontra morto.

Assim, CAPEZ (2006, pg. 308) ilustra que a impropriedade não pode ser relativa, pois nesse caso haverá tentativa. Exemplifica através da situação na qual o ladrão que enfia a mão num bolso da vítima sendo que o dinheiro se encontra no outro bolso. No que tange a impropriedade do objeto, CAPEZ (2006, pg. 320) assevera que é relativa quando a inexistência da coisa ou pessoa, sobre a qual se exerce a atividade executiva, é eventual.

5.4.3 CRIME IMPOSSÍVEL POR OBRA DO AGENTE PROVOCADOR

Corroborando com seus ensinamentos, Damásio Evangelista de Jesus, traz a terceira hipótese de crime impossível que corresponde ao denominado crime putativo por obra de agente provocador (DAMÁSIO, 1999, pg. 310).

É elencado como exemplo pelo autor o fato de que quando alguém, vítima ou terceiro, de forma insidiosa, induz e provoca o sujeito a cometer um crime, ao mesmo tempo em que toma providências para que não atinja a consumação. Neste caso a ineficácia e a impropriedade não recaem sobre o meio executório nem sobre o objeto material. Percebe-se que a impossibilidade absoluta de o delito vir a se materializar no mundo consumativo provém do conjunto das medidas preventivas tomadas pelo provocador (DAMÁSIO, 1999, p. 313).

Ao lado da impropriedade absoluta do objeto e da ineficácia absoluta do meio elencadas no artigo 17, pode ser estendido por analogia, para beneficiar o réu, ampliando a uma terceira situação, que é a do agente provocador, em que o

conjunto de circunstâncias por ele dispostas exclui a possibilidade de consumação do crime.

Nesta última espécie de crime impossível por obra de agente provocador aplicada a teoria da imputação objetiva, denota-se que a conduta não causa nenhum risco ao bem jurídico em face das providências da vítima ou do terceiro (a objetividade jurídica não sofre o mínimo perigo de afetação). O provocado tem seu comportamento como um irrelevante penal diante das providências do provocador.

A ação, conforme afirma CAPEZ (2006, pg. 418), para ser penalmente considerada em face do Direito penal, deve oferecer um risco ao bem jurídico. Assim, ele complementa “se não há risco, não existe imputação objetiva. Trata-se de ausência de imputação objetiva da conduta, conduzindo à atipicidade do fato.”

6 OLHAR JURISPRUDENCIAL FRENTE AS NOVAS TECNOLOGIAS

Consideradas as lições iniciais sobre o crime impossível e suas teorias, o presente trabalho busca agora demonstrar a adequação do crime impossível aos novos aparatos tecnológicos.

Tal tema vislumbra-se importante devido ao grande avanço tecnológico, onde as pessoas são vigiadas 24 horas por dia por câmeras de segurança, nas ruas, praças, bares, estádios de futebol, para adentrar nas residências, sendo cada vez mais constate o reconhecimento de digitais e tantos outros meios de identificação. Na presença de tais condições de segurança teria se tornado o crime impossível cada vez mais possível de acontecer?

Um exemplo prático é citado por NUCCI (2008, pg. 215):

Mélvio, ladrão de bancos há mais de 15 anos, resolve sair do interior de Alagoas e se mudar para São Paulo capital. Em um final de tarde de uma sexta-feira, resolve adentrar no banco Central de São Paulo, com o intuito de furtar o cofre da agência. Mélvio, ladrão experiente e de destreza invejável, sem utilizar de violência e/ou grave ameaça, consegue driblar todo o esquema de segurança, e ficar de frente ao cofre da agência, sabendo que lá se encontram jóias penhoradas, aproximadamente 300 milhões de reais e mais 180 milhões em moeda estrangeira.

Mélvio, ladrão experiente, porém de cidade interiorana, trouxe consigo apenas um pé-de-cabra e algumas ferramentas, tais como alicate, chave de fenda, e outras. Porém, ao deparar-se com o cofre, verifica que se trata de um cofre feito pela Swiss Data Safe, projetado pelo legendário DolfWipfli, que disponibiliza uma espaço seguro à prova de ataques nucleares, terremotos e, obviamente, de roubo.

Verifica também que o cofre não possui nenhum parafuso, ou quaisquer locais que pudesse encaixar um pé de cabra para forçar a porta do cofre.

Instantes depois, após vigiar toda a ação de Mélvio, a equipe de segurança detém em flagrante o acusado e o leva para a delegacia mais próxima.

Teria Mélvio cometido uma tentativa de furto ou seria este um crime impossível?

A doutrina e a jurisprudência se dividem para solucionar e chegar a um possível consenso sobre tal questão.

Nesse contexto merece destaque um caso concreto decidido pelo Tribunal carioca sobre o tema:

“FURTO - LOJA COMERCIAL - TENTATIVA - CRIME IMPOSSÍVEL - CONCEITO - REINCIDÊNCIA - REGIME FECHADO - Furto tentado em loja comercial. Réu comprovadamente reincidente. Prova suficiente. Alegação de crime impossível. Inocorrência. Comportamento eficaz do agente. Penas criteriosamente dosadas. Regime prisional compatível. Pena cumprida. O crime impossível ou putativo embora apresente alguma afinidade com o instituto da tentativa, dele, contudo, se diferencia não só pelos meios como pelo objeto. É que, na tentativa, os meios são idôneos pela sua natureza, ainda que não o sejam em virtude do modo ou das circunstâncias em que o agente os exerce. Mas o resultado é sempre possível. Já no crime impossível os meios são absolutamente inidôneos e o resultado, por consequência, é impossível. Destarte, não caracteriza o crime impossível se o meio empregado pelo agente não é absolutamente inidôneo para atingir finalisticamente o objetivo criminoso, mas, ao contrário, relativamente idôneo, pois a despeito de não ter havido consumação, esta não era de todo impraticável, na medida em que, ao romper o arame que prendia a “res furtiva” na prateleira da loja, o agente dela se apoderou, colocou-a num saco, saindo da loja sem passar pelos caixas, quando veio a ser alcançado e detido por funcionários do estabelecimento lesado. Desprovemento, julgada extinta a pena pelo seu integral cumprimento.” (LCR) (TJRJ - ACR 2847/1999 - (24 fev. 2000) - 1ª C. Crim. Rel. Des. Paulo L. Ventura. Julgado em: 14 dez. 1999).

Com o ilustre entendimento jurisprudencial acima descrito, pode-se entender que, não é toda tentativa que se relaciona com o crime impossível.

Merece atenção também em relação ao tema o HC Nº 176.905 – SP, que culmina um julgado polêmico do STJ, que segue:

No caso, o réu foi flagrado por câmeras de circuito interno e por fiscais de um supermercado tentando furtar alguns produtos. O juiz rejeitou a exordial, pois acreditou que o caso tratava de um crime impossível. O Tribunal de Justiça de São Paulo acatou o recurso do Parquet e ordenou o processamento da ação. Com isto, a Defensoria Pública ingressou com HC no STJ para trancar a ação. Segundo os defensores: "o paciente foi observado até o momento da sua passagem pela linha do caixa, para então ter a sua prisão em flagrante declarada. No caso em discussão, é evidente que o paciente jamais teria a oportunidade de consumir o delito." (STJ, HC Nº 176.905 – SP).

Como se observa, os membros do STJ que julgaram o caso chegaram a seguinte conclusão:

o STJ tem entendimento reiterado no sentido de que a existência de circuito interno de monitoramento não afasta, de forma peremptória, a potencialidade lesiva de condutas que visem à subtração ou dano do patrimônio de estabelecimentos que contam com esta tecnologia. Após isto, o relator colacionou diversos julgados do Superior Tribunal que corroboram com o seu entendimento. Com isto, foi denegada a ordem e reafirmou-se a necessidade de prosseguimento da ação.

Percebe-se um afastamento reiterado da aplicação do instituto do crime impossível, que não acompanhou o avanço tecnológico. Ainda que as lojas e estabelecimentos bancários e comerciais pareçam mais seguros, o sentimento de impunidade que o afastamento da pena gera, acaba por endurecer o sistema e forçar a aplicação da punição, afastando a aplicação do artigo 17 do Código Penal.

7 DO ERRO SOBRE O NEXO CAUSAL

Importante salientar inicialmente que o nexu causal é o vínculo necessário entre a conduta de um agente e o resultado relevante para o Direito Penal. É a imputação física do crime e esta é a operação que precede à tipificação da conduta. Posto um evento que pode ser delituoso, temos que a investigação de suas causas é ilimitada. No instante, porém, em que se deve subsumir a conduta num tipo, é preciso analisar quais as ações que têm relevância jurídica. E isto só se consegue com a tipificação da conduta no “verbo” que constitui o núcleo da descrição legal que institui o crime.

Presume-se que a causalidade é um prévio problema em face da tipicidade. Nesse contexto, para a determinação do nexu causal, deve-se perceber, inicialmente, o que é causa do resultado e como se imputa o resultado a um agente.

Que diz respeito ao erro sobre o nexu causal, nas palavras de NUCCI (2011, 512):

Erro quando se refere ao nexu causal é o equivoco, fruto de falsa percepção dos fatos ou objetos circundantes da ação, que recebe um tratamento especial e diferenciado por parte da legislação penal, dependendo da hipótese fática. Assim, erro sobre o nexu causal é uma das espécies de erro de tipo acidental. Usa-se denominar, no direito pátrio, erro de tipo acidental aquele que não versa sobre elementos ou circunstâncias essenciais do crime, incidindo sobre dados meramente acidentais do delito ou sobre a conduta de sua execução. Assim, são exemplos de erros de tipo acidentais: alguém furta uma mala, pensando estar esta cheia de diamantes, e, ao abri-la, descobre a subtração de mala diversa da pretendida (cheias de roupas sujas); ou, ainda, o sujeito que atira em outro, pensando tratar-se de “A”, a quem desejava a morte, quando se tratava de “B”, seu amigo. Nestas duas hipóteses, o agente erra sobre o objeto de sua ação típica. O sujeito sabe que está praticando um crime, mas erra sobre um elemento circunstancial do delito.

É necessário ratificar que o erro acidental não impede o sujeito de compreender o caráter ilícito de seu comportamento e nesse caso é irrelevante como excludente. Assim, o erro que ocorre sobre o nexu causal é uma espécie de erro acidental comumente encontrada na doutrina, e pode ser materializado na situação em que o

curso causal idealizado e pretendido pelo agente para a obtenção do resultado, não se realiza, embora o resultado aconteça por força de outra concausa produzida por sua ação.

A atuação do autor para ser dolosa não apenas deve conhecer a ação e o resultado, mas também deve prever o curso causal em seus contornos essenciais, porque a relação de causalidade é tão elemento do tipo como a ação e o resultado.

Logo, a previsibilidade do curso causal apenas é previsível, na maioria dos casos, de forma imperfeita, então poderão ocorrer duas situações: a primeira, chamada desvio essencial, onde o verdadeiro curso causal, representado pelo autor, ganha um contorno especialmente relevante na formação da compreensão dos fatos vivenciados, o que por sua vez configurar esse erro a consideração de erro de tipo. valorações ético-jurídicas diversas das palpáveis, é dizer, nas situações de desvio não essencial.

Evidencia-se que as mudanças, entre o processo causal representado e o verdadeiro, serão não necessárias, ou seja, irrelevantes para o dolo do tipo, quando se mantiverem nos limites do previsível segundo a experiência geral da vida e não justifiquem outra valoração do fato.

Verifica-se em tais situações se o resultado é objetivamente imputável ao autor e se no lugar do curso causal objetivamente aguardado, tenha ele produzido outro curso causal que tenha proporcionado a obtenção do mesmo resultado pretendido e imputável a ele.

Note-se, entretanto, que o resultado pode acontecer por força de um curso causal não previsto (curso causal desviado), mas fruto da ação formalizada pelo autor, e, em outras, pela situação de o autor da ação, por imaginar ter atingido o seu

resultado, empreender nova ação contra o mesmo objeto e com outro fim, vindo, mesmo sem saber, então, atingir o resultado inicialmente almejado.

Para exemplificar essa situação tem-se um exemplo trazido por NUCCI (2011, pg. 521):

Quando a vítima devia ser morta através de uma machadada, mas não se realiza pretendido esmagamento do crânio e a morte só ocorre em consequência de uma infecção na ferida. Essa desviação do curso causal representado, logicamente, não excluirá o dolo. Este subsistirá se as desviações sobre o comportamento causal previsto se mantiverem dentro dos limites daquilo que seja previsível pela experiência vital geral.

Se faz importante compreender que a circunstância em que o agente pensa ter atingido o seu resultado inicial pretendido e empreende novo movimento contra o mesmo objeto, vindo então a atingir o fim inicialmente almejado, confunde-se um pouco com as concausas, por tratarem de condições semelhantes, posto que elas explicam a estruturação do nexa causal.

Contudo, o artigo 13 do Código Penal vai esclarecer essas diferenças. Compreende este citado artigo, o nexa causal, no direito brasileiro, onde se estatui que o resultado de que depende a ação somente é imputável a quem lhe deu causa e se considera causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Note-se que esse dispositivo recepciona o acolhimento da teoria da equivalência das condições e ademais estabelece em seu § 1.º que a superveniência de causa relativamente independente, que por si só produza o resultado, exclui a imputação deste a quem pratica a ação (anterior). Nesse diapasão, a norma vigente expressa a limitação à teoria da equivalência das condições, nos delitos comissivos, pela utilização da teoria da causalidade adequada.

A partir da leitura deste artigo presume-se que dentre os possíveis causadores do resultado, será responsabilizado aquele que tenha praticado a causa mais adequada a sua efetiva consumação. Responderão os demais por sua ação, isto é, pelo delito tentado, visto que possuem o dolo, execução da ação planejada, e a não consumação do delito em função da ocorrência de uma diversa causa que por si só produziu o resultado.

A relação de causalidade está presente em qualquer delito de ação quando o comportamento ativo condicione o resultado, ou seja, quando a ação se mostre determinante conforme as leis para a lesão do bem jurídico. Infere-se que só se cuida da causalidade nos delitos de forma livre em que a conduta humana não está abarcada dentro da configuração legal da norma incriminadora, em tipos delitivos, os quais descrevam ações ou omissões com traços circunstanciais especiais.

Entretanto, nos delitos de forma livre, nos quais há conduta e resultado, aplica-se a teoria da equivalência das condições, ou "*conditio sine qua non*", em que há o objetivo de encontrar a existência de relação condicionante, por meio do método de supressão hipotética do antecedente. Faz-se desde logo uma diferenciação entre causalidade e imputação do resultado.

Por essa teoria a causalidade seria decidida pela teoria da condição. A imputação tem como diretriz a relevância jurídico penal do processo causal, que só reconhece as condições tipicamente adequadas a produzir o resultado com o supedâneo da finalidade protetiva da norma e suas singularidades concretas do tipo legal de crime.

Nessa perspectiva, pois, pode-se verificar que a separação entre causa e atribuição do resultado, expressões dos processos de imposição causal e de atribuição pessoal do resultado, ajudou a resolver antigos problemas da teoria da equivalência das condições.

Sobre o tema, assim complementa NUCCI (2011, pg. 500):

Pela teoria da “*conditio sine qua non*”, ou da equivalência das condições, considerase causa toda condição do resultado, todo fato que concorra para produzi-lo, todofato sem o qual o resultado não se teria produzido. Se, mentalmente, perante a ocorrência verificada, se abstrair a contribuição causal a que se quer dar o valor de condição, e se concluir que, suprimida a sua atividade, o resultado não apareceria, não se terá dúvida de que aí se achará, autenticamente, uma condição, com o pleno valor de causa. Aqui, todas as condições são igualmente necessárias ao resultado concreto, porquanto se uma delas for suprimida, mentalmente, o efeito desaparecerá.

A teoria “*conditio sine qua non*” também é conhecida como a teoria da equivalência dos antecedentes causais, nas palavras de NUCCI (2011, pg 503) “causa é toda condição do resultado, e todas as condições se equivalem”.

Assim, prevalecerá a relação causal entre a ação ou omissão e o evento sempre que este não exista sem a presença de uma daquelas, ou seja, quando não se possa, na áurea subjetiva, supor excluída na série causal a ação ou a omissão, sem admitir-se que, “in concreto”, o resultado teria deixado de se configurar.

Conforme o explanado é pertinente a conclusão de NUCCI (2011, pg. 547):

Causa não é o conjunto individual das condições, mas qualquer delas, desde que necessária à produção do resultado, uma vez que todas se equivalem, e por uma delas importa em assumir um nexos causal com o resultado. Nesse ponto, “só em pôr essa condição, o atuar do agente se fez causa do fatoocorrido. O decisivo é que sem essa condição o resultado não pudesse ocorrer como ocorreu. Que, eliminada mentalmente a condição, desaparecesse do mesmo modo o resultado — o chamado processo hipotético de eliminação.

Ainda, NUCCI (2011, pg. 513) numa análise do caput do artigo 13 do Código Penal brasileiro, refere:

O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o

resultado não teria ocorrido. Dessa interpretação se presume que o Código Penal brasileiro adotou a teoria da equivalência das condições, que dominante na literatura e jurisprudência contemporâneas, pode ser reduzida a dois conceitos centrais: a) todas as condições determinantes de um resultado são necessárias e, por isso, equivalentes; b) causas são as condições que não podem ser excluídas hipoteticamente sem excluir o resultado. Nesse sentido, causa é uma “conditio sine qua non” do resultado, ou seja, a condição sem a qual o resultado não poderá ocorrer. Logo, se um motorista embriagado dirige na contramão e provoca uma colisão, a ingestão de álcool deve ser definida como causa do acidente, porque excluída mentalmente essa condição, o motorista teria dirigido na correta mão de direção, e o acidente não teria ocorrido.

Contudo, a teoria da equivalência das condições recebe crítica no que diz respeito ao fato segundo o qual, pelo método eliminatório, terminar-se-ia por alcançar a mais remota das condições, à qual se atribuía a qualidade de causa, pela circunstância de ser, mesmo que longinquamente, necessária igualmente à realização do resultado.

Nesse entendimento, veja-se o exemplo que traz NUCCI (2011, pg. 470) a respeito desta teoria:

A fere levemente B, que deve, contudo, ser atendido em um pronto-socorro, onde ocorre um incêndio, em razão do qual B vem a falecer. Pela teoria da equivalência das condições, a lesão produzida em B é causa de sua morte, pois com a eliminação hipotética do ferimento “B” não teria de ser atendido no pronto-socorro, onde ocorreu o incêndio.

Observa-se que pelo que considera a teoria da equivalência das condições vai responder pelo resultado todo aquele que, com sua ação, produziu, de qualquer maneira, condição indispensável a sua realização, situação essa, que traz a ideia de “regresso ao infinito”, o que gera uma grande crítica a esta teoria por parte dos doutrinadores.

Entretanto, a teoria da adequação ou da causalidade, ou, considera causa a conduta adequada para dar ensejo ao resultado típico, excluindo condutas produtoras do resultado por força de acidente. Precipuamente para esta teoria, a causa é a

condição em geral idônea, apta a produzir o resultado, portanto, não é qualquer condição.

Tem-se, nesse caso, como causa a condição, entre as diversas forças condicionantes do resultado, segundo o julgamento normal dos homens e a experiência comum o, que se mostra mais apta a determinar um resultado. Essa é a causalidade típica ou adequada, oposta à causalidade não adequada ou fortuita, a qual só por acidente pode relacionar o ato com o resultado.

Para complementar os conceitos desta teoria merece destaque as palavras de BITENCOURT (2010, pg.438):

Para a teoria da causalidade adequada causa é a condição em geral idônea ou adequada a determinar o fenômeno. Também esta teoria não distingue entre causa e condição: todo antecedente é causal, desde que se apresente como fator típico, isto é, desde que mantenha com o fenômeno uma relação de regularidade estatística (uma relação de constância).

Conclui-se, notoriamente que causa é a condição mais adequada a produzir o resultado quando se refere a teoria da causalidade adequada, assim, dentre os elementos inúmeros que condicionam um evento, a causa será aquele mais propício a produzi-lo.

Constata-se que a teoria da causalidade adequada distingue a causa da ação e elimina a idéia da equivalência das condições, conseqüentemente. Nesta teoria, o atuar do agente não deve ser uma simples condição necessária, mas uma causa própria e adequada, fonte de exclusão do acidental imprevisível, razão pela qual penetra na área da responsabilidade penal, não fazendo parte do terreno do conceito de causa.

As críticas em relação a teoria da causalidade adequada permeiam no sentido de que se assenta em uma abstração, isto é, esta não é uma teoria que determina a

causalidade e sim configura em teoria de imputação, e vale ressaltar que a doutrina moderna tende a ir contra a adequação enquanto teoria da causalidade, para considerá-la uma teoria da imputação. Este entendimento se constitui porque ela não dispensa a teoria da equivalência das condições, mas dela necessita para determinar, dentre as possíveis causas levantadas pela “*conditio sine qua non*”, qual a mais adequada a produzir o resultado.

Cabe aqui evidenciar que o Código Penal brasileiro, ao legislar sobre a relação de causalidade, dispôs em seu artigo 13 que: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Ainda sobre o tema, em seu parágrafo primeiro, assim prescreveu: “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

A partir do que é estabelecido no Código Penal infere-se a idéia de que sem causalidade não há imputação, pois o ordenamento penal exige, para a imputação do resultado, que tenha sido ele causado pelo sujeito, adentra-se o princípio da responsabilidade pessoal.

É preciso compreender que nenhuma das teorias que dizem respeito à determinação do nexo de causalidade resolve e de forma exaurida a questão.

Diante do que foi exposto, é importante asseverar que o código penal adota a teoria da equivalência das condições, no “caput” do artigo 13, e adjudica a causalidade com a adoção da teoria da causalidade adequada no § 1.º deste mesmo dispositivo.

Assim, o que se pode inferir é que dentre as causas levantadas hipoteticamente como produtoras do resultado, será responsabilizado aquele que praticar a causa mais determinante do resultado previsto no tipo.

8 AFERIÇÃO DA IDONEIDADE

Surge uma difícil tarefa para a realização de correta distinção acerca da aferição da idoneidade do meio utilizado para a tentativa delituosa. No contexto em destaque descreve NUCCI (2011, pg. 440) “a medida para a distinção de inidoneidade absoluta e relativa é o ponto de vista ex-post, isto é, avaliação posterior, vale dizer, a do juiz.”

Em virtude dessa consideração surge a necessidade de uma minuciosa análise do caso concreto em sede de Delegacia de Polícia, atribuição exclusiva da autoridade policial, vez que dos termos contidos na lavratura do flagrante delito surgirão os elementos norteadores da instrução processual que deflagrará na possível condenação ou não do agente.

Presume-se que a partir do momento da avaliação é que se vai verificar a existência da tentativa idônea ou inidônea. Assim a interpretação do caso concreto deve passar pela conclusão da inexistência de qualquer chance de sucesso da empreitada do agente.

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto observa-se que as modificações introduzidas pela nova legislação penal que adotou na íntegra a teoria objetiva, o autor de crime impossível tornou-se isento de pena e de qualquer medida de segurança

.

Constata-se que a evolução do direito penal brasileiro já passou por diversas etapas até chegar à fase atual. Não se vislumbrava no Código do Império a idéia de crime impossível

.

Entretanto, o código de 1890 seguia de forma absoluta à teoria objetiva, exigindo para a punição da tentativa um verdadeiro perigo para o bem jurídico.

Ao passo que o Código penal de 1940, abriu-se uma nova fase do desenvolvimento histórico, tendo em vista que este Código adotava um procedimento intermediário. Nesse momento histórico, pela prática do quase-crime, o agente ficava isento de pena, mas possivelmente sujeito à medida de segurança e obrigatoriamente submetido à liberdade vigiada durante um ano ou menos.

Constata-se que o crime impossível apresentou-se uma grande afinidade com a tentativa. Cabe esclarecer que na tentativa será sempre possível o resultado delituoso, isto porque, além dos meios empregados serem idôneos, o objeto contra o qual se direcionou a conduta é passível de lesão ou do perigo de lesão.

Assim, após várias considerações sobre o crime impossível, chegou-se ao entendimento de que é do legislador a função para demonstrar a adequação do crime impossível aos novos desafios do direito moderno posto que o tema embate uma diversa discussão entre doutrinadores e julgadores.

Vislumbra-se assim a importância do debate sobre as circunstâncias do crime impossível diante do grande avanço tecnológico, onde novos tipos penais podem surgir gradativamente e nesse contexto e mutável deve o legislador definir finalmente as circunstâncias geradoras do crime impossível para aplicá-las ao caso concreto.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 1.288/2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES. José Frederico. **Curso de Direito Penal**. 4. ed., Campinas: Bookseller, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 3. ed., São Paulo: RT, 2011.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.